



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in Economia e commercio

**IL RAPPORTO FRA PREVIDENZA PUBBLICA E
COMPLEMENTARE**

THE RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC AND COMPLEMENTARY
SOCIAL SECURITY

Relatore:
Prof. Laura Torsello

Rapporto Finale di:
Enrico Gasparetti

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	2
CAPITOLO 1: Norme Costituzionali di riferimento	7
CAPITOLO 2: La previdenza complementare come soddisfazione di un interesse privato	
2.1: Introduzione alla concezione dualista	10
2.2: COVIP e dubbi di legittimità Costituzionale	15
CAPITOLO 3: La previdenza complementare e la sua funzionalizzazione a un interesse pubblico	
3.1: Introduzione alla concezione monista	17
3.2: Elementi contraddittori rispetto a una totale funzionalizzazione pubblica	20
3.3: COVIP e giustificazioni Costituzionali	25
CONCLUSIONE	27
BIBLIOGRAFIA	29

INTRODUZIONE

Con il termine previdenza sociale si intende quell'insieme eterogeneo di misure rivolte ai lavoratori, per assicurare loro prestazioni economiche sostitutive del reddito a causa di incapacità temporanea o permanente di svolgere attività lavorativa.

Di seguito viene approfondito il rapporto fra la previdenza obbligatoria (in particolare nella sua declinazione di prestazioni previdenziali pensionistiche), erogate dallo Stato al sopraggiungere di determinati requisiti e la previdenza complementare.

La prima si definisce obbligatoria in quanto l'adesione del lavoratore agli strumenti previdenziali pubblici non è rimessa a una libera scelta del singolo, ma è imposta per legge e viene finanziata tramite il versamento contributivo, sia del datore di lavoro che del lavoratore, a forme previdenziali gestite da enti pubblici.

La rendita pensionistica funziona tramite un sistema a ripartizione, nel quale i contributi versati ogni anno dai lavoratori attivi sono utilizzati per pagare le pensioni degli attuali pensionati.

La seconda invece, per sua natura volontaria (intesa come libertà di adesione ai fondi pensione, cioè lo strumento attraverso il quale si realizza la previdenza complementare) e sottoposta a norme privatistiche, è definita da A.Candian, M.Squeia, A.Tursi nel libro:

“Manuale della previdenza complementare”¹ come: “... la previdenza che si ‘aggiunge’ a quella obbligatoria, andando a costituire l’*unicum* del reddito pensionistico del soggetto collocato in pensione, che sarà così composto dal trattamento obbligatorio di base e da una rendita erogata dal fondo pensione”.

Il suo scopo è per l’appunto quello di integrare i trattamenti pensionistici pubblici ed è finanziata tramite un sistema a capitalizzazione, per cui i versamenti contributivi effettuati dai lavoratori sono nominativi (destinati ad erogare le prestazioni maturate dagli stessi lavoratori) e vengono investiti dagli stessi fondi per erogare la futura rendita.

La prima forma di previdenza che origina nel nostro paese è quella complementare.

Nasce dalle società di mutuo soccorso apparse dopo la rivoluzione industriale e istituite dagli stessi lavoratori che, per fronteggiare i nuovi bisogni a cui erano soggiogati e in assenza di una disciplina pubblica di tutela dal rischio di infortuni, disoccupazione, vecchiaia, si obbligavano volontariamente tramite contribuzione a finanziare le prestazioni erogate ai soci al sopraggiungere degli eventi avversi.

La nascita della previdenza sociale invece, si associa all’istituzione dell’assicurazione contro il rischio di infortunio sul lavoro avvenuta con legge n°80 del 1889 che però era rimessa alla volontà del soggetto obbligato.

¹ A.Candian, M.Squeia, A.Tursi, *Manuale della previdenza complementare*, G.Giapichelli, Torino, 2022, pagina 41.

Per veri e propri trattamenti pensionistici si deve far riferimento al d.lgs n°603 del 1919, che rese obbligatoria la tutela previdenziale pubblica, seppur limitata ai lavoratori a più basso reddito e negli anni a seguire gradualmente estesa a un maggior numero di aventi diritto.

La disciplina si è poi sviluppata attraverso la contrattazione collettiva corporativa durante il regime fascista, che ha il merito da un lato di aver trasformato la disorganica opera legislativa precedente in un sistema di assicurazioni sociali per far fronte ai rischi occupazionali, dall'altro di aver impresso un carattere pubblicistico al sistema previdenziale attraverso la predisposizione di due enti pubblici (Inps e Inail) ancora in vigore.

Caduto il regime fascista e con l'avvento della Repubblica Democratica, il sistema previdenziale si è caratterizzato dal concetto di "*pluralismo previdenziale*":

se da una parte la previdenza pubblica obbligatoria perseguiva esclusivamente l'interesse pubblico teso a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita (ex art.38 comma 2 Cost), dall'altra la previdenza complementare perseguiva interessi privati (individuali e/o collettivi) soprattutto attraverso l'azione del sindacato che ha istituito forme di previdenza sindacale.

La obbligatorietà della previdenza sociale ha trovato riscontro nella Costituzione attraverso la previsione dell'art.38 Cost. combinato con le disposizioni degli art.1-4 della Cost.

In particolare, come sottolineato nel libro "Diritto della sicurezza sociale"²: "Emerge così la connessione della tutela di vecchiaia col programma che il costituente assegna alla repubblica ex art.3 Cost. e il suo carattere di interesse dello Stato, inserito tra le sue funzioni

² E.Ales, G.Canavesi, D.Casale, R.Casillo, M.Esposito, G.Ludovico, R.Vianello, *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, pagina 157.

sociali— con ciò si spiega l'obbligatorietà della tutela di vecchiaia, la quale proprio perchè soddisfa un interesse pubblico, non può essere lasciata alla volontarietà del privato''.

Se fino all'inizio degli anni 90' emergeva un disomogeneo insieme di norme tese a regolare la previdenza complementare regolamentata dall'art.2117 del Codice Civile, nel quale si prevedeva l'istituzione di fondi previdenziali su base mutualistica in via autonoma da parte del datore di lavoro a livello aziendale, il legislatore avvertì la necessità di prevedere una disciplina unica e organica attraverso il d.lgs n°124/ 1993 al cui art.1 assegna il compito di "assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale".

Le motivazioni sottese all'intervento del legislatore erano riconducibili ai problemi di sostenibilità nel medio-lungo periodo delle gestioni pensionistiche pubbliche, dovuti a fattori demografici (invecchiamento generalizzato della popolazione connesso a una ridotta natalità), all'aumento dell'aspettativa di vita ed economici, imputabili al graduale incremento del rapporto fra Pil e spesa pensionistica.

Inoltre, prima una modifica del calcolo retributivo (in cui l'importo del trattamento pensionistico è correlato alle ultime retribuzioni), poi l'introduzione con la l.8 agosto 1995 n°353 del metodo di calcolo contributivo (dove vige una stretta corrispettività tra l'ammontare della prestazione pensionistica e l'entità dei contributi versati), ha reso sempre più necessario l'affidamento dei singoli lavoratori allo strumento della previdenza integrativa per incrementare il livello di tutela e garantirsi un livello di reddito in età pensionabile proporzionalmente più vicino all'ultima retribuzione percepita.

Ulteriore sviluppo si è avuto con il d.lgs n°252 del 2005 con il quale si è riscritta la relativa disciplina, al fine di incrementare la platea di iscritti e, di conseguenza, i flussi di finanziamento.

Con questa riforma la previdenza complementare non è più gestita prevalentemente dalle organizzazioni sindacali, ma anche da imprenditori che operano nel settore del credito e in quello dell'assicurazione (banche, società di assicurazioni, di intermediazione finanziaria e di gestione del risparmio).

La graduale importanza riservata al 'secondo pilastro' nel soddisfare gli interessi perseguiti originariamente dal sistema previdenziale pubblico, ha sollevato dubbi in dottrina sulla legittimità Costituzionale di alcune disposizioni legislative e acceso un dibattito su quale norma e/o comma Costituzionale la previdenza complementare deve essere ascritta.

CAPITOLO 1

NORME COSTITUZIONALI DI RIFERIMENTO

Il principio Costituzionale di rilievo per questa analisi è l'art.38 Cost.

Di fatti, nel delineare il complessivo sistema della "sicurezza sociale" la Costituzione prevede, accanto alla tutela assistenziale (art.38 comma 1) volta ad assicurare a tutti i cittadini la protezione e il soddisfacimento dei bisogni fondamentali consentendo loro di partecipare alla vita politica e sociale e realizzando le finalità di cui all'art.3 comma 2 Cost. , il sistema della "previdenza sociale" a cui fa riferimento diretto il comma 2,3,4 art. 38 Cost pur non venendo espressamente menzionata.

Al comma 2, si tutelano i lavoratori contro una serie di eventi la cui elencazione non è tassativa (infortuni, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria).

Viene assicurata loro una tutela qualificata, maggiore rispetto a quella riservata ai cittadini giustificata da un lato dal contributo per lo sviluppo economico e sociale fornito dai lavoratori con la loro attività e dall'altro legata alla contribuzione previdenziale versata in attuazione della prestazione lavorativa.

Al comma 3, prevede che devono essere assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita da intendere come la soddisfazione di esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori ulteriori

a quelle alimentari e quindi differenti secondo le carriere e gli apporti contributivi di ciascuno.

Al comma 4, viene identificato chi deve realizzarla, lo Stato e come ovvero attraverso organi e istituti predisposti o integrati dallo stesso.

L'interpretazione giurisprudenziale del comma 4 come norma aperta vincola lo Stato quanto ai compiti, mentre rimette al legislatore la discrezionalità sul come realizzarla.

Al comma 5 infine, viene legittimata, senza espressa menzione, la previdenza complementare.

Elemento che la contraddistingue è quello della 'libertà' ponendo, come diretta conseguenza, un limite all'azione legislativa e di regolazione dello Stato.

L'interpretazione della stessa norma, in combinazione con altre previsioni Costituzionali tra le quali l'art.41 che riguarda la libertà di iniziativa privata economica e l'art.47 incentrato sulla tutela del risparmio, dà luogo a tesi dottrinali riassumibili in due posizioni differenti:

la concezione 'dualista' nega un collegamento strutturale e prima ancora funzionale tra previdenza pubblica e privata trovando nell'art.38 comma 5 il referente Costituzionale della previdenza complementare, mentre la concezione 'monista' tenta di spiegare unitariamente il fenomeno previdenziale negando, dal punto di vista funzionale, la differenza fra previdenza pubblica e privata riconducendole entrambe all'art.38 comma 2 Cost.

Si va ad aggiungere alla disamina dei fondamenti Costituzionali la legge Costituzionale n°3/2001 che modifica l'art.117 Cost., facendo per la prima volta espressa menzione alla previdenza sociale e a quella complementare nella Costituzione.

In particolare, si dispone la prima nella legislazione esclusiva dello Stato, la seconda nella legislazione concorrente delle Regioni.

Quest'ultima, secondo A.Candian, M.Squeglia, A.Tursi in: "Manuale della previdenza complementare"³, è limitata da un lato perché: "... molti aspetti della sua disciplina sono indiscutibilmente legati alla disciplina della previdenza di base e dunque vengono in qualche misura attratti dalla disciplina legislativa della prima" e dall'altro: "Da par suo la libertà privata,[...] ugualmente limita la competenza legislativa regionale perché quasi tutti gli aspetti del funzionamento del fondo e delle modalità di erogazione delle prestazioni sono regolati [...] dalla contrattazione collettiva e [...] dalle fonti statutarie dei fondi pensione".

Per M.Gambacciani nell'articolo: "Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare"⁴, questa innovazione Costituzionale: "Conferma l'articolazione del nostro sistema previdenziale, destinato a realizzare nel suo insieme la liberazione dal bisogno, in due sottosistemi distinti ed autonomi l'uno dall'altro almeno quanto a strutture, discipline e caratteristiche: la previdenza obbligatoria di base, caratterizzata (prevalentemente ma non esclusivamente) dall'intervento pubblico e la previdenza libera complementare, caratterizzata invece dall'intervento privato".

³ A.Candian, M.Squeglia, A.Tursi, *Manuale della previdenza complementare*, G.Giapichelli, Torino, 2022, pagina 56.

⁴ M.Gambacciani, *Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare*, Massimario di giurisprudenza del lavoro [1947], Fascicolo 4, 2021, pagina 875.

CAPITOLO 2

LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE COME SODDISFAZIONE DI UN INTERESSE PRIVATO

2.1: Introduzione alla concezione dualista.

Secondo parte della dottrina la previdenza complementare in quanto previdenza privata è espressione dei concetti di libertà, volontarietà e non tollera alcun tipo di funzionalizzazione al perseguimento di tutele di interesse pubblico (comune a tutti) che hanno come obiettivo la liberazione dal bisogno socialmente rilevante e vengono affidate, secondo il disegno Costituzionale, a strutture organizzative e ad interventi predisposti o integrati dallo Stato.

La previdenza integrativa invece, ha il fine di completare o elevare le prestazioni del sistema di solidarietà pubblica e lo realizza attraverso enti privati, trovando quindi il suo rilievo Costituzionale nell'art.38 comma 5 Cost.

A supporto di questa tesi, M.Persiani nel libro: "La previdenza complementare"⁵ indica almeno 3 ragioni per rifuggire dalla visione monista:

"La prima ragione è che quella funzionalizzazione contrasta con la libertà attribuita alle organizzazioni sindacali, alle comunità di lavoratori subordinati [...] di istituire e di gestire

⁵ M.Persiani, *La previdenza complementare*, Cacucci Editore, Bari, 2022, pagine 32-33.

forme di previdenza complementare. [...] Ed infatti, se quel collegamento esistesse, non si vedrebbe perchè la previdenza complementare non è obbligatoria. In altri termini, se la previsione ad opera del legislatore della previdenza complementare, e la sua stessa disciplina, potesse, e dovesse, essere giustificata dalla necessaria attuazione di principi costituzionali di cui al secondo comma art.38 Cost., quella previdenza dovrebbe essere obbligatoria ed è invece rimessa ad insindacabili scelte individuali”.

“La seconda ragione è che, se quel collegamento esistesse, non si vedrebbe perché la realizzazione della previdenza complementare non è stata affidata soltanto all’azione sindacale, che ben potrebbe essere abilitata a concorrere alla realizzazione di interessi pubblici, ma è stata affidata anche ad iniziative commerciali, oltretutto pienamente equiparate a quelle sindacali ...”.

“La terza ragione è che l’affermata esistenza di un collegamento strutturale e funzionale tra previdenza complementare privata e previdenza pubblica è, comunque, incompatibile con la libertà di assistenza privata (quinto comma dell’art.38 Cost.) con la libertà dell’organizzazione e dell’azione sindacale (primo comma art.39 Cost.) e la libertà di iniziativa privata economica (art.41 Cost.)”.

L’esigenza riconosciuta di una legislazione regolativa della previdenza complementare, all’apparenza in contrasto con il concetto di libertà (ex art.38 comma 5 Cost.) e attuata mediante il COVIP (Commissione di vigilanza sui fondi pensione) che controlla e regola dal punto di vista istitutivo e di funzionamento i fondi previdenziali privati, trova giustificazione Costituzionale ,secondo i sostenitori della visione dualista, nel principio di tutela del risparmio (art.47 comma 1 Cost.) ben potendo i fondi integrativi operare sul

mercato attraverso le risorse elargite periodicamente dagli iscritti per orizzonti di tempo significativi.

Sul punto riflette l'autrice C.Botta⁶, che nell'articolo: "La riforma della previdenza complementare tra autonomia privata e tutela della persona" dichiara:

"La preminenza dei valori in gioco giustifica, così, la regolamentazione pubblica in funzione di garanzia che connota la disciplina delle forme pensionistiche complementari, espressioni di iniziativa economica, libera secondo la previsione del primo comma dell'art.41 Cost, ma limitata dal principio dell'utilità sociale [...]; funzione pubblica di garanzia che si traduce essenzialmente in garanzia di vigilanza, anche considerando le misure di protezione assicurate al risparmio previdenziale dal precetto dell'art.47,comma 1, Cost".

Avviene essenzialmente una mediazione tra più interessi Costituzionalmente rilevanti: da un lato la libertà dell'assistenza privata, dall'altro l'interesse che venga tutelato il risparmio degli iscritti al fondo.

Ulteriore elemento di distinzione che si sostanzia nel ricondurre la previdenza complementare all'alveo dell'art.38 comma 5 Cost. è che, non essendo sottoposta a vincoli di "adeguatezza" come la previdenza pubblica all'art.38 comma 2 Cost., non ha limiti nei bisogni da tutelare e nei livelli di prestazione da erogare diversificati in base alle esigenze individuali e/o collettive degli aderenti.

⁶ C.Botta, *La riforma della previdenza complementare tra autonomia privata e tutela della persona*, "Rassegna di diritto civile", Volume 23, Fascicolo 3, pagine 467-468.

In particolare, le funzioni assolte dalla previdenza complementare sono quelle di garantire “più elevati livelli di copertura previdenziale” (art.1, d.lgs n° 124/1993 e art.1 d.lgs n°252/2005), rispetto a quelli previsti dal comma 2 art.38 Cost.

Ciò è supportato anche dalle modalità di finanziamento: la previdenza complementare a dispetto di quella pubblica è sostenuta da una contribuzione volontaria la cui entità può essere liberamente determinata dall’aderente.

Ad approfondire le considerazioni sopra riportate, interviene il libro: “Diritto della sicurezza sociale”⁷ ove M.Persiani insieme a M.D’onghia asseriscono che: “Se è vero che, di fatto, le forme di previdenza complementare concorrono anch’esse a realizzare in qualche modo la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita (co.2, art.38 Cost.), è anche vero, però, che quelle forme, proprio perché istituite e regolate da atti di autonomia privata, individuale o collettiva, realizzano esclusivamente la soddisfazione di interessi privati, mediante la destinazione a fini previdenziali di una quota della retribuzione”.

Se quindi, a causa di una tutela pensionistica pubblica ridotta la previdenza complementare può concorrere dal punto di vista prestazionale all’art. 38 co.2 Cost., rimane funzionalmente autonoma e separata.

Difatti è attorno al concetto di libertà e dunque al carattere facoltativo dell’adesione alle forme pensionistiche complementari e alle diversità strutturali, l’una affidata agli enti pubblici (Inps) mentre l’altra ai sindacati e imprenditori (banche, assicurazioni) soggetti di diritto privato che godono di autonomia organizzativa e funzionale nei limiti del controllo

⁷ M.Persiani, M.D’onghia, *Diritto della sicurezza sociale*, G.Giapichelli, Torino, 2022, pagina 323.

attuato dal COVIP, che si esplica l'assoggettamento della previdenza complementare nell'alveo dell'art 38 comma 5 della Cost.

Ulteriori riflessioni che riconducono i fondi pensione privati nel medesimo comma sono enunciate da G.Proia nell'articolo: "Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine di un recente convegno)"⁸, dove prende in considerazione la nozione di diritti indisponibili:

"Resta confermato che caratteristica essenziale della tutela prevista dall'art.38 secondo comma Cost. è quella di operare in modo necessario e non facoltativo, proprio perché i diritti che essa prevede, attenendo a bisogni e valori fondamentali della persona umana, non possono essere lasciati nella disponibilità del singolo. Ne deriva che l'individuazione del fondamento costituzionale della natura della previdenza complementare deve essere operata tenendo conto che la complementarità che le è attribuita dal legislatore riguarda esclusivamente le prestazioni che eroga e non già la funzione che assolve, la quale è e rimane una funzione di previdenza privata, essendo rimessa ai singoli la scelta se beneficiare o no di essa".

La riconduzione dei diritti garantiti dall'art.38 secondo comma Cost. ai diritti indisponibili per loro natura non negoziabili fa perciò stridere con la volontarietà dell'adesione alla previdenza complementare.

⁸ G.Proia, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note a margine di un recente convegno)*, "ADL argomenti di diritto del lavoro", Volume 5, Fascicolo 1, 2000, pagina 12.

2.2: COVIP e dubbi di legittimità costituzionale.

Il nostro legislatore nel disciplinare organicamente la previdenza complementare, ha istituito un sistema di controlli sistemici, interni ed esterni, per far sì che venga ridotto il rischio di comportamenti devianti il fine per il quale vengono istituiti i fondi pensione.

In particolare, in questo paragrafo viene esaminato il rapporto tra il COVIP (Commissione di vigilanza sui fondi pensione), e il concetto di libertà dell'assistenza privata esplicito nell'art.38 comma 5 Cost.

Come sostiene M.Persiani in: "La previdenza complementare"⁹, pur essendo i fondi integrativi gestori dei risparmi e investitori sul mercato finanziario, risultando necessarie le adeguate garanzie per tutelare il risparmio (ex art.47 Cost.) degli aderenti, sembra mancare quell'equilibrio tra le esigenze di sicurezza degli investimenti e il riconoscimento delle libertà garantite Costituzionalmente ai fondi istituiti dall'autonomia privata.

Alle stesse conclusioni tende il libro di G.Ciocca : "La libertà della previdenza privata"¹⁰, che criticando il d.lgs n°124/1993, evidenzia la presenza di stringenti vincoli e condizioni funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico già nella fase iniziale dei fondi pensione.

In particolare, riflette sulla funzione costitutiva dei medesimi attribuita all'autorizzazione obbligatoria del COVIP, violando così la libertà sancita dal quinto comma art.38 Cost.

⁹ M.Persiani, *La previdenza complementare*, Cacucci Editore, Bari, 2022, pagina 36-37.

¹⁰ G.Ciocca, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998, pagina 121.

A pag. 121 mostra come: "... l'autorizzazione, col suo valore vincolante e non meramente di controllo, rischia di porsi in contrasto non solo con la libertà di previdenza privata e quella dell'iniziativa economica privata, ma anche con la libertà sindacale, con una penetrante limitazione all'effettività del contratto collettivo che ha istituito il fondo".

Capitolo 3

LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE E LA SUA FUNZIONALIZZAZIONE A UN INTERESSE PUBBLICO

3.1: Introduzione alla concezione monista.

La tesi monista si discosta nettamente da quella dualista e, pur condividendo con la prima le considerazioni sulle differenze strutturali fra i due pilastri previdenziali, sostiene e giustifica Costituzionalmente la funzionalizzazione della previdenza complementare a un interesse pubblico.

La dottrina infatti ritiene che quest'ultima, pur restando un fenomeno privatistico a fondamento negoziale, rileva ai medesimi fini della previdenza pubblica e quindi rientra nell'ambito di applicazione dell'art 38. comma 2 della Cost.

Questo orientamento è condiviso anche dalla Corte Costituzionale, secondo la quale il quadro normativo delineato dal legislatore in materia di previdenza sociale, rileva con chiarezza la scelta di <<istituire [...] un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art.38 comma 2 della Costituzione>> C.Cost. 28 luglio 2000, n°393.

Anche i più recenti interventi giurisprudenziali in materia sembrano propendere a questa conclusione.

M.Gambacciani nell'articolo: "Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare"¹¹ supera le obiezioni del CAPITOLO 2, sostenendo come il sistema previdenziale è:

"Ormai un sistema di tutela sempre più integrato, nel quale i principi e i concetti espressi dai commi 2, 4, e 5 dell'art.38 Cost. devono essere letti e interpretati unitariamente con la conseguenza che la previdenza complementare, pure conservando la sua autonomia strutturale [...] non è più funzionalizzata esclusivamente al perseguimento di interessi privati ma può concorrere anch'essa al perseguimento dell'obiettivo della previdenza sociale, ossia i mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori".

Si descrive perciò un sistema previdenziale plurale, pubblico e privato, che pur con diversità strutturali alla base concorre e interagisce sia da un punto di vista prestazionale che funzionale al perseguimento di un interesse generale.

L'articolo si concentra poi sul concetto di '*adeguatezza*', termine generico e indeterminato dunque mutevole nel tempo, la cui entità è rimessa a scelte discrezionali del legislatore essendo limitata solo dai canoni di ragionevolezza e razionalità.

La riforma Costituzionale del 2001, con la modifica del TITOLO V e la nuova disciplina dettata dall'art.117 comma 2 e art.120 comma 3 Cost. sulla ripartizione dei poteri legislativi tra Stato

¹¹ M.Gambacciani, *Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare*, "Massimario di giurisprudenza del lavoro [1947], Fascicolo 4, 2021, pagina 879.

Regioni e autonomie locali, distingue livelli essenziali (affidati esclusivamente allo Stato, ex art.120 comma 2 Cost.) e livelli non essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti sociali.

Ciò unitariamente a una giurisprudenza Costituzionale che, come scritto a pag.884 del medesimo articolo, fa: " Sempre più spesso [...] riferimento e identifica i concetti di << nucleo essenziale>> [...] dei diritti sociali fondamentali. Nucleo [...] che non è ritenuto disponibile e comprimibile neppure dal legislatore" consente di distinguere, all'interno del concetto di 'adeguatezza', due livelli diversi: un primo livello essenziale e un secondo livello distinto ma non essenziale.

Diretta conseguenza è che: "Così il primo livello dell'adeguatezza, quello essenziale [...], deve essere soddisfatto da una tutela non soltanto obbligatoria, ma necessaria e indisponibile (nel senso che si realizza automaticamente anche a prescindere dal comportamento dei soggetti interessati)".

Altresì: "... il secondo livello, quello ulteriore ma non essenziale, pure essendo rilevante per raggiungere la soglia dell'adeguatezza [...], non deve essere soddisfatto da una tutela necessaria e indisponibile".

Questa distinzione permette all'autore di sostenere come la previdenza complementare può concorrere insieme alla previdenza pubblica al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza (art.38 comma 2 Cost.), ma solo nella determinazione dei livelli di tutela pur sempre adeguati ma non essenziali.

Viene così giustificata anche la natura facoltativa e libera della previdenza privata potendone il singolo disporre e decidere di non utilizzarla nei limiti dei livelli di tutela (sempre Costituzionalmente rilevanti e di interesse generale) ma non essenziali.

Attraverso questa riflessione, viene superata l'obiezione mossa da G.Proia che al CAPITOLO 2, approfondendo il tema dei diritti essenziali per loro natura indisponibili e non negoziabili, faceva ricadere la previdenza complementare (facoltativa e libera) e per questo non conciliabile con l'art.38 comma 2 Cost., nell'alveo dell'art.38 comma 5 Cost.

3.2: Elementi contraddittori rispetto a una totale funzionalizzazione pubblica

E.Righini nell'articolo: "Il finanziamento della previdenza complementare prevista nella giurisprudenza della Cassazione e i suoi riflessi sull'equilibrio complessivo del sistema previdenziale"¹², pur sostenendo come l'intervento del legislatore con il d.lgs n°124/1993 e i successivi sviluppi normativi hanno contribuito a realizzare un collegamento funzionale fra i due pilastri previdenziali, non manca di evidenziare gli elementi contraddittori che impediscono alla previdenza complementare una funzionalizzazione totale all'obiettivo di cui all'art.38 comma 2 della Costituzione.

Se la perdurante volontarietà dell'adesione dei lavoratori alla previdenza complementare e la disparità di competenze legislative in materia sono temi già segnalati nell'elaborato,

¹² E.Righini, *Il finanziamento della previdenza complementare prevista nella giurisprudenza della Cassazione e i suoi riflessi sull'equilibrio complessivo del sistema previdenziale*, "Giurisprudenza commerciale", Volume 49, Fascicolo 5, Parte 2, 2022.

l'autrice pone in rilievo la mancata equiparazione, nella gerarchia dei privilegi in ambito concorsuale, della contribuzione alle forme di previdenza complementare rispetto a quella pubblica.

Difatti, seppur tramite sentenze sono stati riconosciuti di natura previdenziale e non retributiva i versamenti datoriali alle forme di previdenza privata, a pag. 1155 dell'articolo sopra menzionato: "... contemporaneamente ha escluso l'ammissibilità, al passivo del fallimento del datore di lavoro, in via privilegiata del diritto al risarcimento del danno per il loro mancato versamento. Infatti, la natura previdenziale escluderebbe l'applicabilità del privilegio riconosciuto ai crediti retributivi, così come la natura privata esclude l'applicazione del privilegio per la previdenza pubblica".

Su questo tema interviene L.Torsello che, commentando la sentenza delle Sez. Un. n°16084 del 9/06/2021 nell'articolo: "Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali"¹³, mette in rilievo come la pronuncia: "Cassa la decisione della Corte d'Appello di Palermo [...], affermando il principio secondo cui i crediti relativi ai versamenti effettuati dal datore di lavoro alla previdenza complementare non sono classificabili tra quelli che hanno diritto al privilegio generale sui mobili".

Inoltre: "... la sentenza si spinge oltre e nega ai suddetti versamenti contributivi il privilegio generale di cui agli art. 2753 e 2754 c.c.".

¹³ L.Torsello, *Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali*, "ADL Argomenti di diritto del lavoro", Volume 1, Fascicolo 1, 2022, pagina 103 e seguenti.

Ciò ha provocato perplessità in dottrina perché, pur essendo ormai ampiamente condiviso l'assoggettamento della previdenza complementare all'art.38 comma 2 della Costituzione, la contribuzione a questi fondi viene esclusa dai privilegi previsti dal Codice Civile.

Sulla disparità di trattamento dei contributi destinati ai fondi pensione complementari riflettono anche A.Candian, M.Squeglia, A.Tursi nel libro: "Manuale della previdenza complementare"¹⁴: "Non è però lecito convenire che sussista una piena assimilazione fra contribuzione disposta dalle norme imperative che disciplinano il sistema della previdenza pubblica e i contributi destinati ai fondi pensione: durante la fase dell'accumulo, le posizioni individuali restano intangibili sul piano civilistico e non sono assoggettate ad alcun vincolo di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità".

Inoltre, sulle contribuzioni alle forme di previdenza integrative è presente l'obbligo di versamento, da parte del datore di lavoro, di un contributo di solidarietà a favore della previdenza pubblica, che seppur in piccola parte, contribuisce a finanziare la stessa rendendo solo parziale l'equiparazione dei due sistemi.

E.Righini in conclusione dell'articolo citato a inizio paragrafo¹⁵, mette in luce: "... un quadro particolarmente complesso e variegato, che rispecchia la perdurante ambiguità (e debolezza) del sistema della previdenza complementare privata in Italia. Tale sistema, infatti, nonostante la dichiarazione di principio da parte del legislatore (a partire dalla riforma del 1993) della sua piena funzionalizzazione, nell'ambito delle finalità di cui all'art.38 comma 2

¹⁴ A.Candian, M.Squeglia, A.Tursi, *Manuale della previdenza complementare*, G.Giapichelli, Torino, 2022, pagina 157.

¹⁵ E.Righini, *Il finanziamento della previdenza complementare prevista nella giurisprudenza della Cassazione e i suoi riflessi sull'equilibrio complessivo del sistema previdenziale*, "Giurisprudenza commerciale", Volume 49, Fascicolo 5, Parte 2, 2022, pagina 1172.

Cost. e il suo riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità non permette, come si è visto, una piena equiparazione fra i due sistemi pubblico e privato”.

L’incoerenza delle norme rispetto a una totale funzionalizzazione pubblica della previdenza complementare viene evidenziata anche da G.Zampini nell’articolo: “La previdenza complementare a trent’anni dalla riforma: luci e ombre”¹⁶.

Sulla libertà di adesione ai fondi pensione privati si mostra, ancora una volta, la contraddizione rispetto ad una aperta volontà del legislatore e dei ‘Giudici delle leggi’ di permettere al secondo pilastro previdenziale di soddisfare un interesse pubblico (ex art.38 comma 2 Cost.) e quindi la necessaria obbligatorietà della stessa.

A questa mancata previsione, G.Zampini trova una soluzione nel principio di ‘sussidiarietà orizzontale’ (ex art.118 comma 4 Cost.: <<Stato, Regioni, [...] favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà>>), che però sembra difficilmente realizzabile per i prominenti interessi in gioco.

A pag. 106 del medesimo articolo, si riflette sulle contraddittorietà normative in tema di T.F.R. : “L’incoerenza tra i *dicta* della Consulta e il vigente quadro normativo in materia di previdenza complementare risalta [...] d’un ordinamento che, da un lato, prevede pregnanti forme di garanzia per il t.f.r., da corrispondersi tradizionalmente alla cessazione del rapporto

¹⁶ G.Zampini, *La previdenza complementare a trent’anni dalla riforma: luci e ombre*, “Rivista del diritto della sicurezza sociale”, Volume 23, Fascicolo 1, 2023, pagina 99-109.

di lavoro [...] e, dall'altro, si disinteressa completamente dello stesso t.f.r., proprio nel momento in cui assurge a tutto tondo a fonte principale di finanziamento per future erogazioni pensionistiche che concorrono, in prospettiva, alla formazione d'un reddito costituzionalmente <<adeguato>>. È del tutto assente, infatti un equilibrato, congruo corredo normativo a sostegno della solvibilità dei fondi pensione, nonché della puntuale esecuzione dei versamenti contributivi (comprese le quote del t.f.r.)”.

Difatti, con riguardo alla previdenziale complementare, non vige il principio di automaticità delle prestazioni e grava al solo lavoratore, non anche al fondo pensione, la legittimità ad agire in via giudiziale contro il datore di lavoro in caso di omissione dei versamenti contributivi ai fondi di previdenza complementare.

Il lavoratore non è comunque lasciato senza tutele.

Come evidenzia L.Torsello nell'articolo: “Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali”¹⁷, presso l'Inps è istituito un apposito Fondo di garanzia: “... per il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento, da parte del datore di lavoro insolvente, dei contributi dovuti e non versati alle forme di previdenza complementare del lavoratore.”

Questo fondo, in presenza di determinate condizioni, si sostituisce al datore di lavoro nel pagamento del TFR e delle ultime tre retribuzioni.

¹⁷ L.Torsello, *Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali*, ADL Argomenti di diritto del lavoro, Volume 1, Fascicolo 1, 2022, pagina 103 e seguenti.

3.3: COVIP e giustificazioni Costituzionali

Alla prospettiva di disequilibrio fra tutela del risparmio e poteri pervasivi di regolamentazione del COVIP sostenuto da M.Persiani in: "La previdenza complementare"¹⁸ e riportato al paragrafo 2.2 del CAPITOLO 2, risponde G.Leone nell'articolo: "Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare"¹⁹, dove sostiene che: "ogni dubbio sulla legittimità di tali disposizioni può essere fugato alla luce di altre norme Costituzionali (art.41 e art.47), considerando che in quest'ottica l'interesse perseguito dal legislatore è un interesse pubblico e attiene alla selezione e al controllo di soggetti che agiscono sui mercati finanziari e che ,dunque, partecipano all'andamento complessivo del sistema economico del paese".

Altresì vengono giustificati i limiti di recesso introdotti dal d.lgs n°124/1993 (art.10) del fondo pensione potenzialmente in contrasto con l'art.38 comma 5 ma poi ottemperati grazie alla lettura di altri principi Costituzionali (art.41 e art.47).

Allo stesso modo, alla critica disamina del d.lgs n°124/1993 giudicato incostituzionale da G.Ciocca nel CAPITOLO 2, risponde S. Gubbioni in R I D I²⁰, sostenendo come la lettura combinata del secondo e del quinto comma dell'art.38 Cost. porta a considerare che: "La previdenza complementare che strutturalmente ricade nella sfera dell'autonomia e quindi

¹⁸ M.Persiani, *La previdenza complementare*, Cacucci Editore, Bari, 2022, pagine 32-33.

¹⁹ G.Leone, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", Volume 23, Fascicolo 90, 2001, pagina 306.

²⁰ S.Giubboni, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, "Rivista italiana di diritto del lavoro", Volume 18, Fascicolo 4, Parte terza, 1999, pagina 273.

della libertà dei privati, ben può e anzi deve essere funzionalmente coordinata (con le inevitabili restrizioni dell'autonomia collettiva e individuale) con quella pubblica con cui concorre al fine di assicurare il miglior soddisfacimento del bisogno di protezione sociale dei lavoratori".

Perciò questa configurazione della previdenza complementare dal punto di vista strutturale attratta all'art.38 comma 5 della Costituzione e dal punto di vista funzionale al comma 2 art. 38 risulta secondo Giubboni in sintonia con le previsioni Costituzionali.

CONCLUSIONE

In virtù delle riflessioni che ho sviluppato in questo lavoro, il tratto che caratterizza la previdenza complementare è la sua natura *“ibrida”*, nel senso che rientra sia nell’ambito di applicazione dell’art.38 comma 5 della Costituzione e nel comma 2 del medesimo articolo, come dimostrato dal dibattito in dottrina e gli orientamenti giurisprudenziali.

Se da un lato la previdenza complementare integrativa agisce per migliorare gli standard protettivi e raggiungere il livello di prestazione adeguata, rispondendo a bisogni desiderabili (ma non sempre necessari e incomprimibili), concorrendo quindi a realizzare interessi riconducibili all’area riservata alla previdenza pubblica, resta però privata e libera perché regolata dall’autonomia privata, assoggettata al regime privatistico.

Riprendendo le parole di A.Tursi in: *“La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale”*²¹, si tratta di un sistema che si prefigura come: *“coinvolgimento non funzionalizzato”* della sfera privata nel raggiungimento di obiettivi di rilievo pubblico”.

Ancora nel nostro paese vi è un bassissimo tasso di adesione.

²¹ A.Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001 pagina 93.

I dati contenuti nella Relazione per l'anno 2022 del COVIP mostrano come solo il 36.2% della forza lavoro è iscritta a una forma pensionistica complementare, che cala al 26.3% se si riferisce ai soli iscritti che hanno versato contributi nell'anno preso in esame.

Tale situazione è preoccupante sulla considerazione che le prossime pensioni, calcolate integralmente col sistema contributivo, saranno in percentuale molto più basse rispetto alle retribuzioni percepite nel corso della vita lavorativa.

BIBLIOGRAFIA

E.Ales, G.Canavesi, D.Casale, R.Casillo, M.Esposito, G.Ludovico, R.Vianello *“Diritto della sicurezza sociale”*, edito da Giuffrè, Milano, 2021.

C.Botta, *La riforma della previdenza complementare tra autonomia privata e tutela della persona*, *“Rassegna di diritto civile”*, Volume 23, Fascicolo 3, 2002.

A.Candian, M.Squeglia, A.Tursi, *“Manuale della previdenza complementare”*, edito da G.Giapichelli, Torino, 2022.

G.Ciocca *“La libertà della previdenza privata”*, edito da Giuffrè, Milano, 1998.

M.Gambacciani, *Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare*, *“Massimario di giurisprudenza del lavoro [1947]”*, Fascicolo 4, 2021.

S.Giubboni, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all’interesse pubblico*, *“Rivista italiana di diritto del lavoro”*, Volume 18, Fascicolo 4, Parte 3, 1999.

G.Leone, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, *“Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”*, Volume 23, Fascicolo 90, 2001.

M.Persiani, *“La previdenza complementare”*, edito da Cacucci Editore, Bari, 2022.

M.Persiani, M.D’onghia, *“Diritto della sicurezza sociale”*, edito da G.Giapichelli, Torino, 2022.

G.Proia, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine a un recente convegno)*, "ADL argomenti di diritto del lavoro", Volume 5, Fascicolo 1, 2000.

E.Righini, *Il finanziamento della previdenza complementare prevista nella giurisprudenza della cassazione e i suoi riflessi sull'equilibrio complessivo del sistema previdenziale*, "Giurisprudenza commerciale", Volume 49, Fascicolo 5, Parte 2, 2022.

L.Torsello, *Osservazioni sul contributo destinato al finanziamento della previdenza complementare nelle procedure concorsuali*, "ADL Argomenti di diritto del lavoro", Volume 1, Fascicolo 1, 2022.

A.Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*", edito da Giuffrè, Milano, 2001.

G.Zampini, *La previdenza complementare a trent'anni dalla riforma :luci e ombre*, "Rivista del diritto della sicurezza sociale", Volume 23, Fascicolo 1, 2023.

